BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 105/09

Verkündet am:
25. Januar 2011
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Januar 2011 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers und die Richter Dr. Ellenberger, Maihold, Dr. Matthias und Pamp

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 19. Februar 2009 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die im Revisionsverfahren beteiligten Kläger zu 2) und zu 3), deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in Deutschland, verlangen von der Beklagten, einem Brokerhaus mit Sitz im US-Bundesstaat N, , Schadensersatz wegen Verlusten im Zusammenhang mit Terminoptionsgeschäften an US-amerikanischen Börsen.

2 Die der New Yorker Börsenaufsicht unterliegende Beklagte arbeitet weltweit mit Vermittlern zusammen, denen sie über eine Online-Plattform den Zugang zur Ausführung von Wertpapiergeschäften an Börsen in den USA ermöglicht, den diese mangels einer dortigen Zulassung sonst nicht hätten. Die Vermittler können die Kauf- und Verkaufsorders ihrer Kunden sowie ihre eigenen anfallenden Provisionen und Gebühren in das Online-System der Beklagten eingeben, wo sie vollautomatisch bearbeitet und verbucht werden.

3 Einer dieser Vermittler ist die B. L. S. GmbH (im Folgenden: BLS) mit Sitz in D. , die über eine deutsche aufsichtsrechtliche Erlaubnis als selbstständige Finanzdienstleisterin verfügt. Der Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und BLS liegt ein am 14. Januar 1997 geschlossenes Verrechnungsabkommen ("Fully disclosed clearing agreement") nebst Ergänzungsvereinbarung zum Online-System der Beklagten vom 15. Oktober 2001 zugrunde. Vor dessen Zustandekommen hatte die Beklagte geprüft, ob BLS über eine aufsichtsrechtliche Erlaubnis verfügte und ob gegen sie aufsichtsrechtliche Verfahren in Deutschland anhängig waren. Nach Ziffern 2.0 und 12.1 des Verrechnungsabkommens ist die Beklagte unter anderem verpflichtet, für die von BLS geworbenen Kunden Einzelkonten einzurichten und hierüber die in Auftrag gegebenen Transaktionen abzuwickeln. In Ziffer 6 des Abkommens werden BLS umfassend alle aufsichts- und privatrechtlichen Pflichten zur Information der Kunden übertragen. Dort heißt es unter anderem:

> "6.1. … Pe. ist nicht verpflichtet, Erkundigungen bezüglich der Tatsachen anzustellen, die mit einer von Pe. für den Korrespondenten [BLS] oder für einen Kunden des Korrespondenten vorgenommenen Ausführung oder Verrechnung verbunden sind. …
>
> 6.3. … Der Korrespondent … sagt weiterhin die Einhaltung … sonstiger Gesetze, Verordnungen oder Bestimmungen zu, die maßgeblich für die Art und Weise und die Umstände sind, die für Konteneinrichtungen oder die Genehmigung von Transaktionen gelten."

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

4 Nach Ziffer 17.1.4 des Verrechnungsabkommens soll allein BLS verantwortlich sein für jede fahrlässige, unlautere, betrügerische oder kriminelle Handlung oder Unterlassung seitens eines ihrer Mitarbeiter oder Agenten. Nach Ziffer 18.4 des Verrechnungsabkommens soll die Beklagte den Kunden die von BLS angewiesenen Provisionen auf deren Konten belasten und von diesen Beträgen ihre eigene Vergütung abziehen.

5 Die Kläger schlossen nach vorausgegangener telefonischer Werbung mit der N. (im Folgenden: N.) mit Sitz in D. , die mit der BLS in vertraglicher Verbindung stand, jeweils einen formularmäßigen Geschäftsbesorgungsvertrag über die Vermittlung und Besorgung von hochspekulativen Börsengeschäften. Danach sollte N. gegenüber dem Anleger als Vermittler tätig werden und sich bei der Weitergabe der Orders für den Anleger der Beklagten als Depotstelle sowie der dieser Depotstelle angeschlossenen Korrespondenten und Broker bedienen. Unter der mit "Vergütung" überschriebenen Ziffer 5 dieses Vertrages heißt es unter anderem wie folgt:

> "5.1 Bei einer Vermittlung von Geschäften über die N. fallen folgende Vergütungen an:
>
> Ein Agio von 10% bezogen auf jede neu von dem Kunden zur Verfügung gestellten Mittel. Das Agio wird der Kunde ggf. gesondert an die N. zahlen.
>
> Eine Gesamt-Provision in Höhe von bis zu USD 126,-- round turn pro Kontrakt. Diese Provision umfasst An- und Verkauf. Sie fällt in voller Höhe auch an, wenn eine Position verfällt. Ein Geschäft kann mehrere Kontrakte umfassen, die Provision wird hier für jeden einzelnen Kontrakt fällig. Diese Provision enthält sowohl die Provision des kontoführenden Brokers und seiner Repräsentanten/ Korrespondenten in Höhe von bis zu etwa USD 26 als auch die Provision der N. in Höhe von bis zu USD 100. ..."

6 Im Zusammenhang mit dem Abschluss des jeweiligen Geschäftsbesorgungsvertrages wurde den Klägern zwecks Eröffnung eines Kontos bei der Beklagten ein englischsprachiges Vertragsformular der Beklagten ("Option Agreement and Approval Form") vorgelegt, das in Ziffer 15 seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch eine Schiedsklausel enthält und das die Kläger am 15. Oktober 2003 (Kläger zu 2) bzw. am 14. Oktober 2003 (Kläger zu 3) unterzeichneten, bevor eine Durchschrift des Vertragsformulars über BLS an die Beklagte weiter geleitet wurde.

7 Damit einhergehend eröffnete die Beklagte für die Kläger jeweils ein Transaktionskonto, auf das die Kläger insgesamt 113.000 € (Kläger zu 2) bzw. 186.230 € (Kläger zu 3) einzahlten. Die Kläger, die beginnend mit dem Monat der jeweiligen Unterschriftsleistung Termingeschäfte durchgeführt hatten, erhielten im September 2004 einen Betrag von 227,08 € (Kläger zu 2) bzw. bis Februar 2005 insgesamt 29.915,18 € (Kläger zu 3) zurück. Den jeweiligen Differenzbetrag von zuletzt 112.772,92 € (Kläger zu 2) bzw. 156.314,82 € (Kläger zu 3) zum eingezahlten Kapital zuzüglich Zinsen machen sie mit den Klagen geltend, wobei sie ihr Zahlungsbegehren ausschließlich auf deliktische Schadensersatzansprüche unter anderem wegen Beteiligung der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch N. stützen. Die Beklagte ist dem in der Sache entgegen getreten und hat zudem die fehlende internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gerügt sowie unter Berufung auf die in Ziffer 15 ihrer Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel die Unzulässigkeit der Klagen geltend gemacht.

8 Das Landgericht hat die Klagen abgewiesen. Das Berufungsgericht hat auf die Berufungen der Kläger zu 2) und zu 3) deren Klagen mit Ausnahme eines Teils der Zinsforderung stattgegeben.

9 Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision ist begründet. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

11 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für die Revisionsinstanz von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

12 Die Klagen seien zulässig und bis auf einen Teil der Zinsforderung begründet.

13 Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte folge aus § 32 ZPO, weil sich nach dem Klagevorbringen eine bedingt vorsätzliche Beteiligung der Beklagten an einer sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) der Kläger durch die im Inland tätig gewordene N. ergebe. Die Beklagte habe zumindest billigend in Kauf genommen, dass N. die Kläger ohne die erforderliche Aufklärung zur Durchführung hochriskanter Optionsgeschäfte veranlasst habe. Diese Tathandlungen müsse die Beklagte sich zurechnen lassen. Die Einrede der Schiedsvereinbarung greife nicht durch. Die Schiedsklausel sei unwirksam, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Voraussetzungen des § 37h WpHG in der Person der Kläger erfüllt seien.

14 Die Entscheidung über deliktische Ansprüche richte sich gemäß Art. 40 f. EGBGB nach deutschem Recht. Gemäß §§ 826, 830 BGB hätten die Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz.

15 N. habe die Kläger vorsätzlich sittenwidrig geschädigt. Denn sie habe die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für gewerbliche Vermittler von Terminoptionen bestehende Pflicht verletzt, Kunden vor Vertragsschluss schriftlich die Kenntnisse zu vermitteln, die sie in die Lage versetzen, den Umfang ihres Verlustrisikos und die Verringerung ihrer Gewinnchance durch den Aufschlag auf die Optionsprämie richtig einzuschätzen.

16 Die Beklagte habe sich an dieser vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Kläger durch N. beteiligt; ob dies als Mittäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe zu qualifizieren sei, könne dahinstehen. Die objektiven Voraussetzungen gemeinschaftlichen Handelns lägen vor, weil die Beklagte auf vertraglicher Grundlage dauerhaft mit BLS zusammengearbeitet und dieser - und damit auch N. als Geschäftspartnerin und Untervermittlerin der BLS - überhaupt erst den Zugang zur New Yorker Börse eröffnet habe. Außerdem habe die Beklagte die Konten der Kläger, mit denen die Transaktionen durch N. abgewickelt worden seien, geführt. Zudem habe sie am wirtschaftlichen Erfolg des sittenwidrigen Handelns von N. partizipiert.

17 Die objektive Tatbeteiligung sei zumindest bedingt vorsätzlich erfolgt. Die Beklagte habe zumindest ihre Augen vor den sich aufdrängenden Bedenken verschlossen und gewissenlos leichtfertig die von N. vermittelten Aufträge der Kläger zu deren Nachteil über ihr Online-System ausführen lassen. Die Gefahr, dass N. ihre geschäftliche Überlegenheit gegenüber den Klägern in sittenwidriger Weise missbrauche, habe für die Beklagte auf der Hand gelegen, weil sie die extremen Verlustrisiken von Optionsgeschäften mit hohen Gebührenauf-

schlägen auf die Optionsprämie gekannt habe. Ihr habe auch klar sein müssen, dass die ihr bekannten oder zumindest von ihr bewusst nicht zur Kenntnis genommenen Gebühren der übrigen an der Anlagevermittlung für die Kläger beteiligten Unternehmen diesen einen hohen Anreiz geboten hätten, ihre geschäftliche Überlegenheit zu missbrauchen. Dass die Beklagte eigene Schutzmaßnahmen ergriffen, insbesondere das Vorgehen der BLS bzw. der aus ihrer Sicht für diese als Untervermittlerin tätigen N. in geeigneter Weise überprüft habe, sei nicht ersichtlich. Dass keine aufsichtsrechtlichen Verfahren gegen BLS anhängig gewesen seien, rechtfertige keine Rückschlüsse auf deren Geschäftsmethoden und erst recht nicht auf die Methoden der weiteren, mit der BLS zusammenarbeitenden Vermittlerfirmen. Unter diesen Umständen müsse sich einem Broker ein Missbrauch geschäftlicher Überlegenheit jedenfalls dann aufdrängen, wenn - wie im Streitfall - das Chancen-Risiko-Verhältnis durch hohe Aufschläge stark zum Nachteil des Anlegers verschlechtert werde. So hätten - auch ohne Berücksichtigung des von N. beanspruchten Agio - bereits die für die Ankaufvorgänge in Rechnung gestellte "round-turn-Provision" von USD 126 und die von BLS pro Auftrag kassierte "service charge" von USD 6 zu einer durchschnittlichen Belastung der Kläger mit Gebührenaufschlägen von 35,64% (Kläger zu 2) bzw. von 37,86% (Kläger zu 3) der Optionsprämien geführt. Die Gesichtspunkte des Massengeschäfts und des Online-Systems könnten die Beklagte nicht entlasten; ein Blick auf die Kontenbewegungen hätte das extreme Verlustrisiko offenbart. Ferner habe die Beklagte auch als nachgeschaltetes Brokerunternehmen nicht auf eine ordnungsgemäße Aufklärung durch N. vertrauen dürfen; der Vertrauensgrundsatz gelte nicht zugunsten desjenigen, der vor einer sich aufdrängenden Beteiligung an einer unerlaubten Handlung gewissenlos leichtfertig die Augen verschlossen habe. Auch scheitere ein bedingter Vorsatz der Beklagten nicht daran, dass diese möglicherweise nicht mit der Anwendbarkeit deutschen Rechts und bei Anwendung desselben nicht mit der

Einstufung ihres Verhaltens als haftungsrelevante Beteiligung an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Kläger durch N. gerechnet habe.

II.

18 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand.

19 1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings von der Zulässigkeit der Klagen ausgegangen.

20 a) Das Berufungsgericht hat zutreffend die - auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfende - internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Klagen bejaht. Nach dem im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung maßgeblichen Vortrag der Kläger ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gemäß der hier anwendbaren Regelung des § 32 ZPO gegeben (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 18 f., vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 17 und - XI ZR 41/09, WM 2010, 2032 Rn. 17).

21 b) Der Geltendmachung eines Anspruchs wegen Beihilfe zu einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung steht auch die durch die Beklagte erhobene Einrede des Schiedsvertrages nicht entgegen. Die in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel, auf welche die Beklagte sich stützt, ist nach § 37h WpHG unverbindlich. Das Berufungsgericht hat zu Recht die Kaufmannseigenschaft der Kläger zu 2) und zu 3) als nicht erwiesen angesehen, weil die Angaben der Kläger im jeweiligen Vertragsformular hierfür keine Anhaltspunkte bieten und die in der Einredesituation für das wirksame Zustandekommen der Schiedsvereinbarung darlegungs- und beweisbelastete Beklag-

te keine die Kaufmannseigenschaft der Kläger begründenden Umstände im Sinne der §§ 1 ff. HGB dargelegt hat (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 22).

22 2. Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Begründung, mit der das Berufungsgericht den Klagen stattgegeben hat.

23 a) Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen hat das Berufungsgericht allerdings entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. u.a. Senatsurteil vom 22. November 2005 - XI ZR 76/05, WM 2006, 84, 86 mwN) eine Haftung von N. wegen unzureichender Aufklärung über die Chancenlosigkeit der vermittelten Geschäfte bejaht.

24 b) Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann aber eine deliktische Teilnehmerhaftung der Beklagten in Bezug auf diese Aufklärungspflichtverletzung nicht bejaht werden. Für die von ihm angenommene bedingt vorsätzliche Teilnahme der Beklagten fehlen insofern die erforderlichen Feststellungen. Das Berufungsgericht hat weder festgestellt, dass die Beklagte positive Kenntnis von der mangelhaften Aufklärung seitens N. hatte, noch hat es Tatsachen festgestellt, aufgrund derer es sich der Beklagten hätte aufdrängen müssen, dass N. nur eine unzureichende Risikoaufklärung vornahm.

III.

25 Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

26 1. Das Berufungsgericht hat allerdings auf Grundlage seiner rechtsfehlerfreien und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen im Ergebnis zu-

treffend ausgeführt, dass N. die Kläger vorsätzlich sittenwidrig geschädigt hat, indem er ihnen von vornherein chancenlose Börsentermin- und Optionsgeschäfte vermittelte.

27 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haftet ein außerhalb des banküblichen Effektenhandels tätiger gewerblicher Vermittler von Terminoptionen, der von vornherein chancenlose Geschäfte zum ausschließlich eigenen Vorteil vermittelt, nicht nur aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen wegen unzureichender Aufklärung über die Chancenlosigkeit der Geschäfte, sondern auch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB, wenn sein Geschäftsmodell darauf angelegt ist, für den Anleger chancenlose Geschäfte zum ausschließlich eigenen Vorteil zu vermitteln. Einem solchen Vermittler geht es nur darum, hohe Gewinne zu erzielen, indem er möglichst viele Geschäfte realisiert, die für den Anleger aufgrund überhöhter Gebühren und Aufschläge chancenlos sind. Sein Geschäftsmodell zielt damit von vornherein ganz bewusst darauf ab, uninformierte, leichtgläubige Menschen unter sittenwidriger Ausnutzung ihres Gewinnstrebens und ihres Leichtsinns als Geschäftspartner zu gewinnen und sich auf deren Kosten zu bereichern (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 25 f., vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 41, vom 13. Juli 2010 - XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 37 und - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 39 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 40, jeweils mwN).

28 b) Diese Haftungsvoraussetzungen sind nach den verbindlichen Feststellungen des Berufungsgerichts erfüllt. Die von N. verlangten Gebühren brachten das Chancen-Risiko-Verhältnis aus dem Gleichgewicht. Die dadurch verminderte Gewinnchance musste mit zunehmender Anzahl der Optionsgeschäfte weiter abnehmen. Bereits die "round-turn-Provision" von USD 126, die an die einzelnen Optionskontrakte anknüpfte und unabhängig von einem zur Glattstellung

jeweils erforderlichen Gegengeschäft anfiel, und der pauschal erhobene Agio von 10% für jeden Einschuss machten selbst für den Fall, dass einzelne Geschäfte Gewinn abwarfen, für die Gesamtinvestition jede Chance auf positive Ergebnisse äußerst unwahrscheinlich und ließen den weitgehenden Verlust der eingesetzten Mittel - wie geschehen - so gut wie sicher erscheinen.

29 2. Hingegen halten die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht eine haftungsrelevante Beteiligung der Beklagten an der durch N. begangenen vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§ 826, 830 BGB) bejaht hat, rechtlicher Überprüfung nicht stand.

30 a) Rechtlich nicht zu beanstanden ist, dass das Berufungsgericht seiner Beurteilung deutsches Deliktsrecht zugrunde gelegt hat (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 29 ff., vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 44 f. und - XI ZR 41/09, WM 2010, 2032 Rn. 31, vom 13. Juli 2010 - XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 35 und - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 37 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 38, jeweils mwN).

31 b) Auch sind die objektiven Voraussetzungen einer Teilnahme im Sinne von § 830 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB gegeben. Nach den rechtsfehlerfreien und von der Revision als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung hingenommenen Feststellungen hat die Beklagte mit dem "Fully disclosed clearing agreement" eine auf Dauer angelegte Zusammenarbeit mit BLS begründet und dieser - und damit auch der N. als Geschäftspartnerin und Untervermittlerin der BLS - über ihr Online-System den Zugang zur New Yorker Börse eröffnet, die Transaktionskonten der Kläger geführt, deren Einzahlungen darauf gebucht sowie die berechneten überhöhten Provisionen und Gebühren von diesen Konten abgebucht und damit am Gesamtvorgang fördernd mitgewirkt (vgl. auch Senatsurtei-

le vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 37, vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 50, vom 13. Juli 2010 - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 46 f. und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 47 mwN).

32 c) Die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht den Teilnehmervorsatz der Beklagten im Sinne von § 830 BGB bejaht hat, sind hingegen rechtsfehlerhaft.

33 Die Feststellung eines vorsätzlichen Handelns der Beklagten unterliegt als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung im Sinne von § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht. Sie kann lediglich daraufhin überprüft werden, ob der Streitstoff umfassend, widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze gewürdigt worden ist (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Tz. 35 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 50 mwN). Dieser Prüfung hält das Berufungsurteil im Ergebnis nicht stand.

34 aa) Das Berufungsgericht hat allerdings rechtsfehlerfrei dem unterstellten Umstand, dass gegen BLS keine aufsichtsrechtlichen Verfahren anhängig waren, keine dem Gehilfenvorsatz der Beklagten entgegenstehende Bedeutung beigemessen. Der Umstand, dass ein Finanzdienstleister eine Erlaubnis der Finanzaufsicht besitzt und von dieser überwacht wird, lässt nicht ohne weiteres auf die zivilrechtliche Unbedenklichkeit seines Verhaltens gegenüber seinen Kunden schließen (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 46, vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2035 Rn. 61, vom 13. Juli 2010 - XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 53 und - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 51 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214

Rn. 54) und ermöglicht insbesondere keine Erkenntnisse über das Verhalten etwaiger Untervermittler.

35 bb) Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht angenommen, dass die Rechtsprechung des erkennenden Senats zu Aufklärungspflichten bei gestaffelter Einschaltung mehrerer Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Senatsurteil vom 8. Mai 2001 - XI ZR 192/00, BGHZ 147, 343, 353) der Annahme eines Teilnehmervorsatzes nicht entgegensteht, weil es vorliegend um die mögliche Haftung der Beklagten wegen einer bedingt vorsätzlichen Beteiligung an einem sittenwidrigen Geschäftsmodell eines Terminoptionsvermittlers und nicht wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten geht (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 26 f., vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 57, vom 13. Juli 2010 - XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 54 bzw. - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 50). Zudem kann bei vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen und hierzu vorsätzlich geleisteter Beihilfe, d.h. bei kollusivem Zusammenwirken der beteiligten Wertpapierdienstleistungsunternehmen, ohnehin kein Unternehmen auf die ausreichende Aufklärung des Anlegers durch das andere Unternehmen vertrauen (Senatsurteil vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 53).

36 cc) Auch sind die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vom 11. März 2004 (I ZR 304/01, BGHZ 158, 236 - "Internet-Versteigerung"), vom 19. April 2007 (I ZR 35/04, BGHZ 172, 119 - "Internet-Versteigerung II") und vom 30. April 2008 (I ZR 73/05, NJW-RR 2008, 1136 - "Internet-Versteigerung III"), die sich mit der Haftung des Betreibers einer Internet-Auktionsplattform für Markenrechtsverletzungen durch Anbieter befassen, wegen der nicht vergleichbaren Risiken und der unterschiedlich gelagerten Sachverhalte hier nicht einschlägig (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 45 und vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 59).

37 dd) Gleichwohl reichen die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Bejahung des Teilnehmervorsatzes der Beklagten nicht aus.

38 (1) Die subjektiven Voraussetzungen einer haftungsrechtlich relevanten Mitwirkungshandlung sind erfüllt, wenn ein ausländischer Broker, der mit einem deutschen gewerblichen Terminoptionsvermittler zusammenarbeitet, positive Kenntnis von dessen Geschäftsmodell hat, das in der Gebührenstruktur zum Ausdruck kommt, d.h. wenn er die vom Vermittler erhobenen Gebühren und Aufschläge kennt, die die Geschäfte für den Anleger chancenlos machen (vgl. dazu Senatsurteil vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 51 f. mwN).

39 Falls er keine positive Kenntnis der Gebühren und Aufschläge für die von ihm ausgeführten Geschäfte hat, reicht es aus, wenn er das deutsche Recht, die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland und die zurückliegenden zahlreichen Missbrauchsfälle kennt und damit weiß, dass für den Vermittler aufgrund der hohen Gebührenaufschläge ein großer Anreiz besteht, seine geschäftliche Überlegenheit zum Schaden des Anlegers auszunutzen. In diesem Fall ist es für die Annahme eines bedingten Gehilfenvorsatzes nicht erforderlich, dass der Broker das praktizierte Geschäftsmodell des Vermittlers positiv kennt. Es genügt, dass er das Geschäftsmodell vor Beginn seiner Zusammenarbeit mit dem Vermittler keiner Überprüfung unterzieht, sondern dem Vermittler deutlich zu erkennen gibt, keine Kontrolle seines Geschäftsgebarens gegenüber seinen Kunden auszuüben und ihn nach Belieben schalten und walten zu lassen. Wenn der Broker auf diese Weise die Augen bewusst vor der sich aufdrängenden Erkenntnis der Sittenwidrigkeit des Geschäftsmodells des Vermittlers verschließt und diesem das unkontrollierte Betreiben seines Geschäftsmodells ermöglicht, überlässt er die Verwirklichung der erkannten Gefahr dem Zufall und leistet zumindest bedingt vorsätzliche Beihilfe zu der uner-

laubten Handlung des Vermittlers (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 42 f., vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 52, vom 13. Juli 2010 - XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 53 und - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 53 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 51, jeweils mwN).

40 Nichts anderes gilt, wenn die Vermittlung chancenloser Terminoptionsgeschäfte und die Anweisung der einzelnen Kauf- und Verkaufsorders für den Anleger nicht unmittelbar durch den Vermittler selbst (dazu Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 40 ff.), sondern mittelbar über einen dem Vermittler - nicht aber dem Broker - vertraglich verbundenen Untervermittler erfolgen. Beihilfe im Sinne von § 830 BGB setzt weder eine kommunikative Verständigung von Haupttäter und Gehilfen auf einen gemeinsamen Tatplan noch eine Mitwirkung des Gehilfen bei der Tatausführung voraus (vgl. BGH, Urteil vom 31. Januar 1978 - VI ZR 32/77, BGHZ 70, 277, 285; Senatsurteil vom 26. Oktober 2004 - XI ZR 279/03, WM 2005, 28, 29, jeweils mwN); ausreichend ist vielmehr jede bewusste Förderung der fremden Tat. Hat der Broker in einem solchen Fall in Kenntnis der hohen Missbrauchsgefahr dem Vermittler ohne vorherige Prüfung seines Geschäftsmodells bewusst und offenkundig den unkontrollierten Zugang zu seinem Online-System eröffnet und ihm gleichzeitig ausdrücklich die Einschaltung von Untervermittlern gestattet, findet er sich mit der Verwirklichung der erkannten Gefahr ab und nimmt damit die Schädigung von Anlegern durch ein hierbei praktiziertes sittenwidriges Geschäftsmodell billigend in Kauf. Die durch den Broker gegenüber dem Vermittler ausgesprochene Gestattung, im Rahmen seines unkontrolliert gebliebenen Geschäftsmodells Untervermittler einzuschalten, erweitert nicht nur den Kreis der Beteiligten, sondern steigert auch die dem Broker bekannte Missbrauchsgefahr.

41 (2) Diese Voraussetzungen eines Teilnehmervorsatzes der Beklagten hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Seinen Feststellungen ist nicht zu entnehmen, dass die Beklagte positive Kenntnis von den Gebühren und Aufschlägen hatte, die die Kläger an N. bzw. BLS zu entrichten hatten. Es ist auch nicht festgestellt, dass die Beklagte die zurückliegenden zahlreichen Missbrauchsfälle kannte und damit wusste, dass für N. aufgrund hoher Gebührenaufschläge ein großer Anreiz bestand, ihre geschäftliche Überlegenheit zum Schaden der Anleger auszunutzen. Allein die vom Berufungsgericht angeführte allgemeine Kenntnis der Beklagten von den wesentlichen Grundlagen, den wirtschaftlichen Zusammenhängen und den extremen Verlustrisiken bei Optionsgeschäften mit hohen Aufschlägen auf die Optionsprämie sowie das Unterlassen eigener Schutzmaßnahmen rechtfertigen nicht den Schluss auf eine Kenntnis oder ein In-Kauf-Nehmen des nach deutschem Recht sittenwidrigen Geschäftsmodells, wie es in den zwischen den Klägern und N. zustande gekommenen Geschäftsbesorgungsverträgen dokumentiert ist (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 2010 - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 54).

IV.

42 Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

43 1. Dabei kann vom Vorliegen einer Haupttat, d.h. einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Kläger durch N. gemäß § 826 BGB, und einer objektiven Teilnahmehandlung der Beklagten ausgegangen werden.

44 2. Hingegen sind zu den subjektiven Voraussetzungen einer Teilnahmehandlung der Beklagten unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Urteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 38 ff.) und gegebenenfalls nach diesbezüglichem ergänzendem Parteivortrag weitere Feststellungen zu treffen.

45 In diesem Zusammenhang kommt es zunächst darauf an, ob die Beklagte die erhobenen Gebühren und Aufschläge, die die Geschäfte für die Kläger aussichtslos machten, positiv kannte. Dabei kann von Bedeutung sein, dass nach der von den Klägern auf Seite 9 des Schriftsatzes vom 27. Februar 2007 in Bezug genommenen Ziffer 18.1 Satz 2 des Verrechnungsabkommens BLS der Beklagten ein Verzeichnis der Grundprovisionen übergeben sollte, um die Beklagte in die Lage zu versetzen, den Anlegern Provisionen, Zuschläge oder andere Gebühren bzw. Kosten selbst zu belasten, falls BLS entsprechende Anweisungen nicht innerhalb einer von der Beklagten ausbedungenen Frist erteilt.

46 Sollte dies nicht der Fall gewesen sein, sind Feststellungen dazu erforderlich, ob die Beklagte die zurückliegenden Missbrauchsfälle kannte und damit wusste, dass für BLS bzw. N. aufgrund der hohen Gebührenaufschläge ein großer Anreiz bestand, ihre geschäftliche Überlegenheit zum Schaden der Kläger auszunutzen. Dabei ist von Bedeutung, ob die geschäftserfahrene Beklagte vor der Begründung ihrer Geschäftsbeziehung zu BLS den Inhalt des deutschen Rechts und der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland ermittelt und dabei auch Kenntnis von den bisherigen Missbrauchsfällen erlangt hat. Gegebenenfalls steht der Umstand, dass im Streitfall mit N. ein nur der BLS - nicht jedoch der Beklagten - vertraglich verbundener (Unter-)Vermittler die Kläger geworben, mit ihnen Geschäftsbesorgungsverträge geschlossen und die Anlagegeschäfte vermittelt hat, als solcher der Annahme eines Vorsat-

zes der Beklagten im Sinne vom § 830 BGB nicht entgegen; insbesondere kann sich die Beklagte nicht darauf zurückziehen, sie habe weder von N. noch deren Tätigkeit Kenntnis gehabt. Die Beklagte hatte es nach dem mit BLS geschlossenen Verrechnungsabkommen dieser überantwortet, ihr Anleger zuzuführen und deren Kauf- und Verkaufsorders sowie die anfallenden Provisionen und Gebühren selbst in das Online-System einzugeben. Dabei war der Beklagten bewusst, dass BLS im Rahmen des von ihr jeweils praktizierten Geschäftsmodells nicht nur eigene Mitarbeiter einsetzten, sondern auch - wie geschehen - Untervermittler einschaltete und diesen die Kontaktaufnahme und Verhandlungen mit den Anlegern überließ. Das wird dadurch belegt, dass sie die Verantwortung für Verfehlungen unter anderem von Beauftragten der BLS in Form einer Haftungsfreistellung auf BLS abgewälzt hat (vgl. Ziffer 17.1.4 der Verrechnungsabkommen) und dieser sogar die Entscheidung darüber überlassen

hat, ob und gegebenenfalls welchen ihrer Kunden, Mitarbeiter oder Beauftragten der Zugang zum Online-System der Beklagten eröffnet werden solle (vgl. Ziffer 6.1 der Ergänzungsvereinbarung vom 15. Oktober 2001).

Wiechers Ellenberger Maihold

Matthias Pamp

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 13.04.2007 - 16 O 365/06 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 19.02.2009 - I-6 U 110/07 -